

AVV. PROF. V. SCIALOIA

DELLA

NEGOTIORUM GESTIO PROHIBENTE DOMINO

ED IN ISPECIE

DELL' AZIONE DI REGRESSO DEL TERZO

CHE PAGHI UN DEBITO ALTRUI

CONTRO LA VOLONTA' DEL DEBITORE

Estratto dal *Foro Italiano*
Anno XIV Fasc. XVI

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELLO STABILIMENTO S. LAPPI

1889

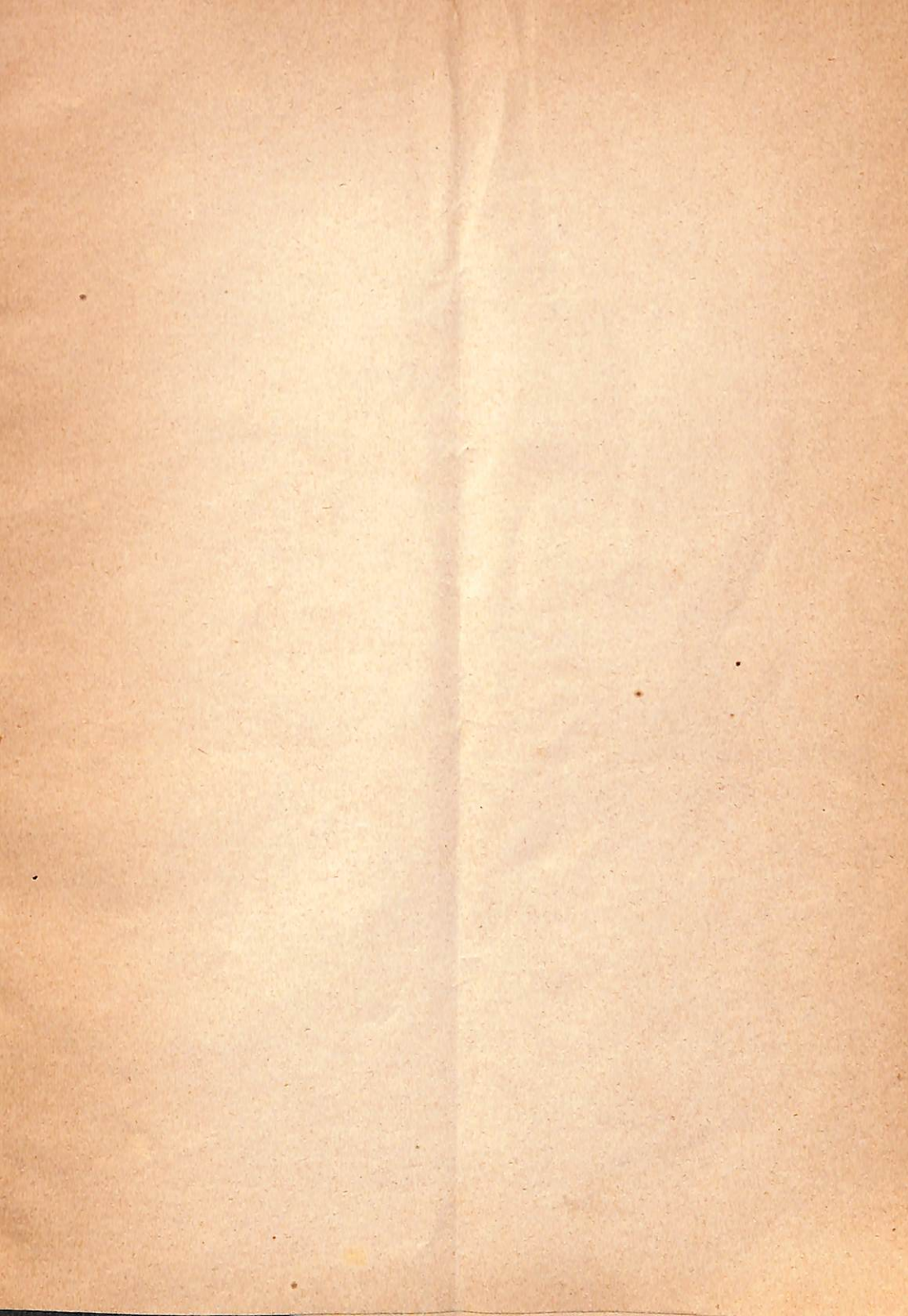


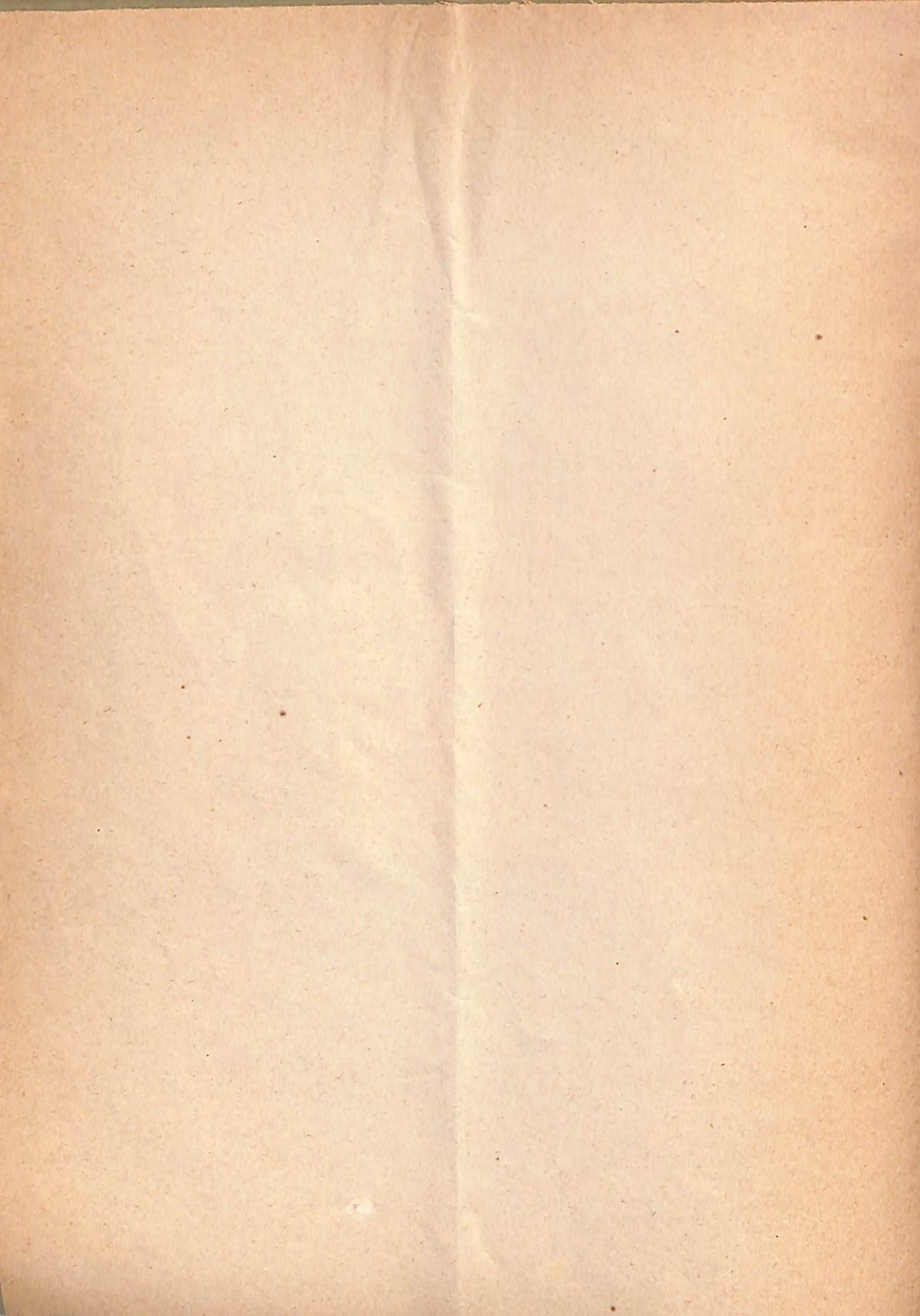
PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

532





AVV. PROF. V. SCIALOIA

DELLA

NEGOTIORUM GESTIO PROHIBENTE DOMINO

ED IN ISPECIE

DELL'AZIONE DI REGRESSO DEL TERZO

CHE PAGHI UN DEBITO ALTRUI

CONTRO LA VOLONTÀ DEL DEBITORE

Estratto dal *Foro Italiano*
Anno XIV Fasc. XVI

CITTÀ DI CASTELLO

TIPOGRAFIA DELLO STABILIMENTO S. LAPI

1889



CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA.

Udienza 21 novembre 1888; Pres. TONDI, Est. CASELLI,
P. M. LANZILLI (concl. conf.); Prudente c. Comune
di Terlizzi.

**Locupletazione — Pagamento — Terzo non inte-
ressato.**

Il terzo non interessato, che, pagando un debito altrui, non resta surrogato nei diritti del creditore, ha contro il debitore un'azione personale, come se ne avesse gerito l'affare. (1)

(1) Dopo avere esclusa l'applicazione della surrogazione legale fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 1253 cod. civ., e dopo avere anche negata una pretesa azione generale di regresso fondata sopra una sforzata interpretazione dell'ultimo inciso dell'art. 1146 cod. civ., la sentenza della Corte di cassazione di Roma riconosce tuttavia un'azione di regresso, che sembra essere, secondo il suo concetto, assai generale, a favore di chi ha pagato un debito altrui, contro il vero debitore.

Pur troppo le espressioni della sentenza sono in questa parte tanto indeterminate, che non si riesce ad intender bene il carattere di questa azione. Era però questo un punto essenziale, che meritava di essere esattamente dichiarato, poi-

chè da esso poteva dipendere non solo la decisione della causa, che si trattava di giudicare, ma anche la definizione di molte altre controversie possibili: e l'importanza della cosa è tanto maggiore, in quanto anche negli scrittori di dritto civile è questo un punto ordinariamente trascurato, e pure da quei non molti, che lo trattano, forse non abbastanza profondamente esaminato.

Il dubbio, che sorge dalle parole della sentenza, è questo: l'azione ammessa è un'*actio negotiorum gestorum*, ovvero è un'azione più lata?

Se la Corte ha voluto ammettere un'*actio negotiorum gestorum*, conforme al diritto romano, al quale il codice si attiene, in tesi generale non troverei nulla da obbiettare. Si potrebbe infatti sostenere che nel caso risoluto non fosse applicabile tale azione; ma non si può punto negare che nel pagamento di un debito altrui sia in moltissimi casi contenuta una utile gestione degli affari del debitore, sicchè il gestore abbia contro di questo l'azione di regresso *negotiorum gestorum contraria*. Se dunque di questa azione si trattasse, la sentenza potrebbe criticarsi per non aver tenuto conto di circostanze essenziali del fatto in questione; ma la critica non avrebbe grande importanza per i casi futuri e per la teoria giuridica generale.

Invece l'interesse teorico e pratico è immensamente più grave, se la Corte ha voluto riconoscere un'azione di regresso non limitata alle condizioni necessarie per ammettere l'utile gestione, ma tanto larga da comprendere qualunque caso di pagamento per terzi, anche quello fatto contro il divieto del debitore, eccettuato tutt'al più il pagamento *animo donandi*.

Contro siffatta teorica conviene, a parer mio, ribellarsi apertamente, essendo essa contraria alle disposizioni del nostro codice civile, allo spirito del nostro diritto privato, ed avendo anche pericolose conseguenze sociali.

Per bene intendere la cosa, è utile risalire alle disposi-

zioni del diritto romano, studiando il caso tipico, nel quale la *negotiorum gestio* si sia proibita dal *dominus negotii*.

Pare che i giureconsulti romani non fossero concordi nel decidere questo caso, e che alcuni volessero veramente concedere un'azione *negotiorum gestorum contraria*, almeno *utilis*, a chi contro il divieto avesse tuttavia recato con la propria gestione un vantaggio a colui, cui il negozio spettava. Ma contro tale opinione si alzò la voce dei più autorevoli giurisperiti, e Giustiniano da ultimo in una delle sue famose decisioni stabilì definitivamente che niuna azione nè diretta, nè utile, si dovesse concedere.

Giova riferire i testi.

L. 40 Dig. *mandati* 17, 1: PAULUS libro nono ad edictum. «*Si pro praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.*»

Paolo qui si unisce a Pomponio nel combattere quei tali (*quidam*) che volevano dare l'*utilis actio negotiorum gestorum contraria*. Ora è bene notare — poichè la cosa sembra essere sfuggita a più d'uno dei moderni civilisti francesi e nostrani — che questa *utilis actio*, appunto perchè *utilis*, non era già fondata su tutti i requisiti dell'ordinaria azione, ma doveva essere una applicazione equitativa di questa per ottenere almeno tanto quanto era l'arricchimento del *dominus negotii*. Siffatta azione è pure respinta dai due solenni giureconsulti Pomponio e Paolo.

Ulpiano, seguendo l'autorità di Giuliano, espone la stessa opinione, a proposito del caso che alcuno abbia amministrato l'affare di due soci contro la volontà di uno di questi. La soluzione di questo caso è data in modo da dimostrare come il diniego di ogni azione contro il vietante fosse assai rigorosamente inteso.

L. 7 (8) § 3 Dig. *de neg. gest.* 3, 5: ULPIANUS libro decimo ad edictum. *Julianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non*

prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit: sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuum pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. et puto secundum Julianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat».

Un'allusione a tale opinione si può forse trovare anche nella:

L. 53 Dig. *mandati* 17, 1: PAPINIANUS libro nono quaestionum. «*Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*».

Specialmente se la si mette insieme con la seguente di Ulpiano, la cui opinione ci è già nota:

L. 6. § 2 Dig. *mandati* 17, 1: ULPIANUS libro trigesimo primo ad edictum. «*Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio*».

Non voglio però insistere su questi passi, perchè potrebbero anche essere interpolati.

Non fu dunque un capriccioso movimento di sovrana volontà, ma bensì una ben ponderata e fondata decisione quella, che mosse l'imperator Giustiniano a dettare la sua l. 24 Cod. *de neg. gest.* 2, 18 (19): «*Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. § 1. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, haec decedentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas admi-*

nistrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. § 2. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem».

Si noti che anche qui, come nella l. 40 Dig. mandati, si esclude non solo l'azione ordinaria negotiorum gestorum, ma anche la utile.

Della opinione combattuta da Giuliano, Pomponio, Paolo ed Ulpiano, si vuol trovare un rappresentante in Proculo, di cui Ulpiano riferisce un passo nella l. 17. § 4. 5 Dig. de instit. act. 14, 3: ULPIANUS libro trigesimo ad edictum. «Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: «si ille illi non denuntiaverit ne illi servo crederet». Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. Ex hac causa etiam condici posse verum est».

Io non voglio negare che Proculo potesse appartenere alla schiera di coloro, che concedevano una utile azione al gestore, che aveva amministrato gli affari altrui contro il divieto del dominus; anzi i nomi dei Sabiniani Giuliano e Pomponio, che si trovano tra gli avversari, rendono ciò molto probabile. Ma tuttavia non credo che tra la l. 17 § 4 de inst. act. e le altre più sopra riferite esista una vera antinomia; perchè il caso di chi si immischia negli affari altrui contro la proibizione di questo, è ben diverso da quello di chi pre-

sta denaro ad un servo preposto ad un negozio, nonostante il diffidamento del padrone. Nel primo caso infatti abbiamo veramente una arbitraria intrusione, le conseguenze della quale debbono stare tutte a carico di chi la compie (arg. l. 36 Dig. de reg. iur. 50, 17); nel secondo invece il prestito fatto al servo è di per sè perfettamente lecito, e il diffidamento, se può valere ad escludere l'azione institoria, che si fonda sul generale affidamento contenuto nella preposizione del servo al negozio, non deve certo essere efficace a togliere il normale valore del negozio conchiuso col servo stesso indipendentemente dalla sua qualità d'istitutore: confr. l. 29 § 1 Dig. de pecul. 15, 1. Perciò la l. 17 citata può stare ottimamente accanto alle altre, che negano l'azione a chi, contro il divieto, s'immischia negli affari altrui.

Così pure non mi pare che risulti necessariamente dalla l. 14. § 13 Dig. de relig. 11, 7 che Labeone ammettesse l'*actio negotiorum gestorum contraria* nel caso di divieto del dominus, quantunque anche qui di ciò non si debba negare la possibilità. La l. 14 § 13 de relig. è di Ulpiano, e ciò devo già dimostrarci che difficilmente il principio in essa accettato può esser contrario a quello che Ulpiano stesso in altre leggi abbiamo veduto aver professato. Ecco il testo:

ULPIANUS libro vicensimo quinto ad edictum «*Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? huic contradici potest: «ergo pietatis gratia funerasti». Sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari et quid si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? nonne aequum est mihi funerariam competere? et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget».*

Se a chi seppellisce un morto si dà azione avverso l'erede, anche quando la sepoltura si sia fatta contro il divieto di

lui, ciò deriva dalla speciale natura dell'azione funeraria, la quale (e l'avverte lo stesso Ulpiano nella legge trascritta) non è in tutto simile alla *negotiorum gestorum contraria*, poichè si basa soprattutto sulla pietà verso il defunto, sicchè potrebbe dirsi in certo modo che il quasi contratto ha luogo piuttosto col defunto che con l'erede. Poichè pertanto la l. 14 § 13 *de relig.* non è contraria alle altre più sopra citate, nè Ulpiano è qui in contradizione con sè stesso, non si può neanche dire che Labeone dovesse essere necessariamente contrario al principio in quelle leggi contenuto.

Nè mi pare esatto ciò che scrive il COGLIOLO nel suo recente libro *I principi teorici della gestione degli affari altrui* (Modena 1889) pag. 327, dove pone Gaio tra coloro che concedevano l'azione nonostante il divieto del *dominus* in base alla L. 38 (39) Dig. *de neg. gest.* 3, 5:

«GAIUS libro tertio de verborum obligationibus. «Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suavit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse».

Ma il principio giuridico qui espresso si ritrova in parecchie altre leggi. Così in una dello stesso giureconsulto:

L. 53 Dig. *de solut.* 46, 3: «GAIUS libro quinto ad edictum provinciale. *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere*».

E in un'altra di Pomponio:

L. 23 Dig. *de solut.* 46, 3: «POMPONIUS libro vicensimo quarto ad Sabinum. *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et invitum et ignorantes liberari possumus*».

E nel pr. Inst., *quib. mod. toll. obl.*, 3, 29: «....nec tamen interest quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore, sive ignorante vel invito, solutio fiat».

Lo stesso dice a proposito della novazione Ulpiano nella l. 8. § 5 i. f. Dig. *de novat.* 46, 2: «ULPIANUS libro quadragesimo sexto ad Sabinum... *liberat autem me is qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim*».

Su tale principio non pare vi fosse controversia alcuna, e perciò io non riesco ad intendere come dal fatto che Gaio abbia enunciata questa massima di diritto, si possa argomentare ch'egli ammettesse nel caso di pagamento *invito debitore l'actio contraria negotiorum gestorum*. Anche Pomponio ed Ulpiano e Giustiniano ripetono la massima, eppure sono tutti avversi all'ammissione di quest'*actio*. E non è neppure facile che Gaio dissentisse su questo punto da Pomponio e da Giuliano appartenenti alla medesima scuola.

Nè mi sembra meglio giustificato l'attribuire anche a Papiniano l'opinione favorevole all'ammissione dell'*actio negotiorum gestorum contraria*, come fa anche il COGLIOLO, *loc. cit.*, in base alla l. 53 Dig. *mandati* 17, 1. Io ho già citato più sopra questo testo in altro senso, quantunque senza pretesione di certezza; mi pare difficile però che si possa con maggiore o anche con uguale probabilità citare nel senso voluto dal COGLIOLO.

Si può dunque concludere, che secondo il diritto giustiniano senza alcun dubbio a chi avesse pagato un debito altrui contro il divieto del debitore non si concedeva azione alcuna; e che tale decisione di Giustiniano era conforme all'opinione dei più grandi giuristi dell'età classica, nè si può quindi dire contraria alla natura della gestione d'affari, quale fu ritenuta nel miglior tempo del diritto romano.

Naturalmente la decisione imperiale fu accolta insieme con tutto il corpo del diritto civile nei paesi, che accettarono il diritto romano, sicchè essa divenne diritto comune in Europa, e specialmente in Italia.

Tuttavia quei *Quidam* dissenzienti, dei quali ci è data notizia nella l. 40 Dig., *mandati* 17, 1 e l. 24 Cod. *de neg. gest.*,

2, 18 (19), non furono senza successori anche tra i giuristi medioevali.

Così fu questo un punto, sul quale ebbero luogo dispute tra i glossatori. Nelle collezioni delle *Dissensiones dominorum* noi ne troviamo infatti una, che tratta precisamente la nostra questione (Vedi HAENEL *Dissensiones dominorum*. Lipsiae 1834. *Cod. Cuis.* § 159 p. 241; *Hugolinus* § 33 p. 275. — La stessa *dissensio* trovo anche nella Collezione da me incominciata a pubblicare negli *Studi e documenti di storia e diritto*, anno 1888, vol. IX p. 249 segg.). Riferisco qui il testo di Hugolino § 33, che ci dà le più ampie notizie:

« PLACENTINUS et ODERICUS [Cod. Chis. Haeneliano § 159: ALDERICUS et PLACENTINUS et OTTO; Cod. Chis. della mia collezione: PLACENTINUS et OTTO], BULGARUS et JOANNES BASSIANUS dicunt, quod, si quis post prohibitionem gessit negotium, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut C. de negotiis gestis l. ult. et D. mandati l. Si pro te et D. de negotiis gestis, Ex duobus. ALII, ut MARTINUS [ALII soltanto le due collezioni chigiane] ex aequitate utilem ei indulgent, ad instar illius qui animo depraedandi adcessit ad aliena negotia gerenda, ut D. de negotiis gestis, l. Si pupilli § 3 et 4, et ad similitudinem illius, qui post prohibitionem heredis testatorem funeravit, ut D. de religiosis et sumtibus funerum, l. At si quis. § Labeo. Sed illud potest dici speciali favore funeraticiae. Similiter indulgent ei, qui bona fide aedificavit in alieno solo, cui JACOBUS dicit tantum per retentionem consuli, ut D. de conditione indebiti, Si in area, et D. de doli exceptione, Paulus. Sed dominus AZO distinguit, qualiter prohibuit: an irato animo, an etiam plana voluntate, ut in primo casu agat gestor, quia perinde est, ac si non esset prohibitus, quum calore iracundiae sit prohibitus, arg. D. de reg. iur. l. Quidquid (in) calore. Sin autem plana voluntate prohibuit, non agit gestor ».

Nella Glossa Accursiana troviamo pure menzione di questa controversia nei passi seguenti: ad l. 40 mandati 17, 1, vº non consentio: est ergo hoc aperte contra AZO. qui utilem

dabat. et sic est contra eum sup. de neg. gest. Si ex duobus in fl.

Ad l. ult. Cod. de neg. gest. 2, 19, v^o currentem: « Item an de aequitate dabitur aliqua actio pro gestis post denunciationem, cum bene est gestum in simili casu potest quaeri, ut si mandavi, ut emerem rem pro decem, et dedisti viginti, et utiliter, quia bene valet, et plus. Et ait M (artinus) agi posse, ar. ff. de verbo. signi. l. cum in testamento, et de cond. inde. l. nam hoc natura, sed B (ulgarus) contra et Io (annes) et nos. s. ut non possit agere, nisi pro taxata quantitate, ut ff. e. l. qui aliena. § libertos. et l. Si ex duobus. et hic, et ff. man. l. si remunerandi. § si passus et l. si pro te, nisi in casu, ut ff. de relig. l. at si quis § idem Labeo ait. »

Non so veramente se tutte le notizie date in questi testi dei glossatori siano esatte; p. es. io non trovo in Azone traccia delle opinioni a lui attribuite da Ugolino e da Accursio; anzi così nella *Summa* (in II lib. Codicis, De negotiis gestis n. 21. 22; Venetiis 1582 col. 99), come nella *Lectura* (in II lib. Codicis, De negotiis gestis. ad l. 24 v^o Nullum esse adversus etc.; Lutetiae Parisiorum 1611, pag. 114) io vedo da lui semplicemente seguita l'opinione dei più e combattuta quella di Martino.

In ogni modo l'opinione di Martino sembra non avesse seguito tra i glossatori (Confr. ODOFREDUS In XI primos Pandectarum libros. Lugduni 1550. Ad l. Si ex duobus. De neg. gest. fol. 131 a. — ad l. Solvendo de neg. gest. fol. 144. b. — In Secundam Digesti veteris partem. Lugduni 1552. ad l. Si pro te, Mandati. fol. 87 a. — In primam Codicis partem. Lugduni 1550. ad l. Si quis nolente. De neg. gest. fol. 95. a.)

Solo negli autori posteriori trovo una questione agitata da Pillio, nelle *Quaestiones Sabbatinae*, circa la concessione dell'azione, nel caso che il *negotiorum gestor* abbia pagato il tributo, contro il divieto del *dominus*, per evitare che la casa di questo fosse, secondo la pena minacciata dallo Statuto, distrutta. In tal caso, essendo all'utilità privata congiunto

un riguardo di utilità pubblica, si volle, specialmente per analogia della l. 14 § 13 D. *de religiosis* 11, 7, concedere da alcuni un'azione di regresso *ex aequitate* (Confr. PETRUS DE BELLA PERTICA *Super prima parte Codicis*. Parrhisiis (sic) in edibus M. Petri Gromorsi. ad l. ult. De neg. gest. fol. 89 — CYNUS PISTORIENSIS *In Codicem*. Francof. ad Moenum 1594. ad l. ult. de neg. gest. fol. 89. b. — ALBERICUS DE ROSATE *In primam Codicis partem Commentaria*. Venetiis 1589. ad l. ult. De neg. gest. fol. 104 — PAULUS CASTRENSIS *In primam Codicis partem*. Venetiis 1594 ad l. ult. de neg. gest. fol. 79 — ALEXANDER TARTAGNUS IMOLENSIS *In primam et secundam Codicis Commentaria*. Augustae Taurinorum 1575. ad l. ult. De neg. gest. fol. 54. b, 55. a). Questa eccezione peraltro era giustificata per la specialità del caso e non poteva dirsi una vera violazione della regola.

Così pure alcuni autori vollero ammettere altre eccezioni in parte giustificate dai testi, in parte fondate sopra forti ragioni particolari, in vari casi, i quali sono enumerati da ALESSANDRO TARTAGNI (*loc. cit.* — confr. pure PAULUS CASTRENSIS *loc. cit.*); così: 1° per la sepoltura dei cadaveri; 2° per la redenzione dei prigionieri; 3° per la cura dell'infermo da parte del medico, nonostante la proibizione dell'infermo stesso; 4° per gli studi del figlio studente, contro il padre, nonostante la proibizione di questo; 5° in qualche altro caso di spesa molto necessaria, come p. es. in quello proposto da Pillio nella sua questione sabbatina.

Più importante, perchè si riferisce più dappresso al fondamento della regola sancita da Giustiniano, è la considerazione messa innanzi da alcuni per il caso della *prohibitio ab irato* o *calore iracundiae*; così, oltre ciò che Ugolino ci dice di Azone, trovo che PIETRO DI BELLAPERTICA (*loc. cit.*) e UBERTO DA BOBIO (citato da ALBERICO DA ROSATE *loc. cit.*) ritenevano nulla tale proibizione, ed anzi PIETRO spiega con tale nullità l'ammissione dell'azione di regresso nei casi di spesa fatta per grave necessità anche contro il divieto, dovendosi rite-

nere non serio o almeno non fatto con mente sana il divieto. PIETRO aggiunge anche il caso di chi *prohiberet ore et non prohiberet corde*, ammettendo la prova del giuramento circa la corrispondenza della interna volontà alla dichiarazione. Per vero, se si pon mente anche alle formalità alle quali Giustiniano ha voluto assoggettare il divieto, e se soprattutto si ha riguardo allo spirito della legge, il richiedere l'esistenza di una seria volontà nel proibente apparisce ben giustificato. In questo modo non si altera punto la regola; solo si dichiara meglio la natura del divieto, che produce l'inammissibilità dell'*actio negotiorum gestorum*. Vedremo poi come le stesse considerazioni si riproducono per il diritto attuale.

Una vera e propria eccezione alla regola, ed anzi un'eccezione tale che, per il caso da noi qui più particolarmente studiato del pagamento del debito altrui, annulla addirittura la regola, fu sostenuta da GUGLIELMO DA CUGNO (o DA CUNEO, che dir si debba) [cito l'opinione di Guglielmo traendola dagli scrittori stessi, che la combattono: nella *Lectura super Codice* edita a Lione nel 1513, non si trova nulla sul tit. *De negotiis gestis*; l'unico titolo del Cod. lib. II commentato è quello *De edendo*].

Questo giureconsulto ritenne che l'azione *negotiorum gestorum contraria* dovesse negarsi, quando l'atto fatto dal gestore contro il divieto del *dominus* fosse tale da aver carattere di delittuosa immistione nelle altrui cose: tale p. es. sarebbe il fare opere nella casa o nel fondo altrui; ma che invece si dovesse ammettere, quando tale carattere mancasse, come appunto nel caso di pagamento del debito. Ma questa sottile distinzione fu tosto combattuta dai più autorevoli commentatori, i quali riconobbero la generalità della regola sancita da Giustiniano e la sua speciale applicazione ai pagamenti dei debiti in forza della l. 40 D. *mandati* 17, 1. Sono da vedere in questo senso: BARTOLUS A SAXOFERRATO *In primam Digesti veteris partem*. Venetiis 1615. ad. l. *Solven-*

do De neg. gest. n. 2. fol. 121 a. — *In secundam Digesti veteris partem.* Venetiis 1615. ad l. Si pro te. Mandati. fol. 105. b. — *In primam Codicis partem.* Venetiis 1615 ad l. ult. De neg. gest. fol. 75 a — BALDUS *In primam Digesti veteris partem.* Venetiis 1613. ad l. solvendo. De neg. gest. fol. 217. a — *In secundam Digesti veteris partem.* Venetiis 1615. ad l. Si pro te. Mandati fol. 120. a — *In I. II et III Codicis libros.* Venetiis 1615 ad l. ult. De neg. gest. fol. 146. b. — ANGELUS DE PERUSIO *Super Codice.* Venetiis 1579. ad l. ult. De neg. gest. fol. 21. b.

Insomma dell'opinione di Martino e di quella di Guglielmo nulla rimase nella scuola e dei commentatori e dei pratici italiani, e nulla passò nel nostro diritto civile comune.

Pirro MAURO, nel suo speciale trattato *De solutionibus* (Venetiis 1620) cap. 25 n. 19, così infatti riassume la dottrina e la pratica in proposito:

« Qui pro altero solvit eo invito non potest postea solutum repetere. fin. C. de neg. gest. l. si pro te. ff. mand. l. Si ex duobus ff. de neg. gest. glo. et Bart. in l. Si Stichum in §. fi. ff. de novat. Rom. sing. 124 tu habes. Cag. in l. invito num. 4 ff. de reg. iur. Quod intelligi quando ante solutionem solvens fuerit a debitore vetitus ne solveret et nihilominus hac prohibitione non obstante solvere voluit: nam tali casu tertium solventem cadere a commodo repetitionis dicit Bartol. in d. l. Si Stichum in §. fin. ibi, ut puta prohibeo. Addentes ad Bartol. in l. in rem §. tignum ff. de rei vend. ubi eam huius dicti rationem assignant: quia per prohibitionem et contradictionem resistantiamque debitoris tertius solvens venit constitutus in mala fide et ideo a commodo repetitionis cadit ».

La stessa dottrina conforme alle leggi Giustinianee fu accettata anche in generale dai civilisti di Germania; ed oggi ancora in tutti i trattati tedeschi la dottrina giustiniana è insegnata senza discussione, ammettendosi solo da taluno qualche eccezione, p. es. per il caso che il *negotiorum gestor* abbia adempiuta una obbligazione imposta dalla legge, poichè allora interviene un riguardo di ordine pubblico. Veg-

gansi tra i più antichi: WESEMBECIUS *Commentaria*. Coloniae Agrippinae 1650. In Cod. lib. II tit. 19 n. VI p. 52; HARPRECHT *Comm. ad Inst.* lib. III tit. 28 n. 82. Francof. 1708 tom. III p. 451; HILLIGER *ad Donellum* lib. XV cap. 16 n. 3 (DONELLUS *Comm. iur. civ.* Lucae 1764 vol. IV p. 139); LYNCKER *Analecta* Ienae 1698. Ad Synt. iur. civ. Struvii lib. III tit. V. Th. 46, p. 75; BRUNNEMANN *Comm. ad Pand.* lib. 3 tit. 5 ad l. 43, vol. I, p. 232 Napoli 1780; LAUTERBACH *Collegium Pandectarum* Tubingae 1784, lib. III tit. 5 n. IV, vol. I p. 320; HOFACKER *Principia iuris civilis* Tubingae 1798, §. 3031, 3033, vol. III p. 361, 364; HÖPFNER *Institutionen* 8^a ediz. Frankfurt 1818 §. 997 nota 6 p. 702 seg.; GLÜCK *Ausf. Erläuterung der Pandecten* Erlangen 1798, vol. V lib. III tit. 5, §. 420, p. 338 segg. Tra i più recenti soprattutto: HOLZSCHUHER-KUNTZE *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts* 3 ediz. Leipzig 1864, vol. III, §. 278 n. 7, 8, p. 634 segg.; SEUFFERT *Praktisches Pandektenrecht* 4 ediz. Würzburg 1867, vol. II §. 344 n. 8 p. 265; SINTENIS *Das practische gemeine Civilrecht* 3 ediz. Leipzig 1868, vol. II §. 114 n. 36, p. 595; Confr. pure: THIBAUT *Pandecten* 8 ediz. Iena 1834 §. 620 n. r, vol. II p. 159; PUCHTA *Pandekten* 7 ediz. Leipzig 1853, §. 327 p. 479; MÜHLENBRUCH *Lehrbuch des Pandectenrechts* 4 ediz. Halle 1844 vol. II §. 435 n. 4, 10 p. 473 seg.; SCHWEPPE-MEYER *Das römische Privatrecht* 4 ediz. Göttingen 1831, vol. III §. 590 p. 503; ARNDTS *Lehrbuch der Pandekten* 13 ediz. Stuttgart 1886, §. 298 p. 588 (trad. ital. SERAFINI 3 ediz. Bologna 1880 vol. II p. 279 seg.); KELLER *Pandekten* 2 ediz. Leipzig 1867, vol. II §. 318, p. 39; BARON *Pandekten* 4 ediz. Leipzig 1882, §. 309 n. 2 b. p. 511; DERNBURG *Pandekten* Berlin 1886 vol. II §. 122 p. 316; WINDSCHEID *Lehrbuch des Pandektenrechts* 6 ediz. Frankfurt 1887 vol. II §. 420 p. 665; WENDT *Lehrbuch der Pandekten* Iena 1888, §. 273 p. 654. Aggiungì anche KOCH *Das Recht der Forderungen* 2 ediz. Berlin 1859 vol. III §. 292 p. 588, dove si trovano menzionati i §§. 249, 250, 253 del *Landrecht* prussiano, e il §. 1040 del Codice austriaco.

Non così però in Francia e in Olanda, dove, quantunque moltissimi scrittori accettassero il diritto Giustiniano, tut-

tavia si formò una notevole corrente in contrario. Non oserei veramente annoverare tra questi oppositori il Cuiacio, come vorrebbe il COGLIOLO *op. cit.*, p. 329, perchè quel grande interprete non fu costante nelle sue opinioni su questo punto così mentre in parecchi luoghi (*Comm. in lib. III Dig. Salvii Iuliani*, ad l. 8 de neg. gest. § Iulianus in *Opp.* Prati 1837 vol. III col. 732; *Comm. in lib. XC Dig. Salvii Iuliani*, ad l. 18 de fideiuss. in *Opp.* vol. III col. 1446; *In lib. IX Pauli ad edictum*, ad l. 40 mandati, in *Opp.* vol. V col. 220; *Notae et Scholia in lib. III Instit. Quib. mod. obl. toll. ad v. vel invito solutio*, in *Opp.* vol. II col. 1189) accetta e spiega, senza osservazioni in contrario, il diritto Giustiniano, in altri luoghi invece (*In lib. IX quaest. Papin.*, ad l. 53 mandati, in *Opp.* vol. IV col. 868; *Paratitla in Cod. lib. II tit. 18*, in *Opp.* vol. VIII col. 624; *In lib. IV priores Cod. Iust. recit.*, lib. II, tit. 18, in *Opp.* vol. IX col. 2376) espone una teoria contraria, senza però mai combattere i testi opposti, quasi ignorandoli.

Ma, lasciato Cuiacio in disparte, già il MEYER *Collegium iuridicum Argentoratense* Arg. 1615, ad Pand. III, § n. 36 p. 193, n. 38 p. 194, ammette un'azione contro il dominus proibente in quantum locupletior factus est; e tra i pratici quest'ordine di idee fu abbastanza largamente rappresentato. Basti qui il trascrivere la seguente annotazione del GROENEWEGEN *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* Lugd. Bat. 1649, ad l. ult. Cod. de neg. gest. II, 19, p. 440:

«Invito domino res alienas contrectans earumque administrationi sese immiscens delinquit. arg. l. 16 Divus. D. de servit. praed. rust. l. 1, §. 5, quid sit. D. quod vi aut clam. l. 3 quod enim. § 1 in fin. D. de adq. rer. dom. ideoque privatur expensis, quas circa res fecit. hic et ibi Bartol. n. 4. Sed quoniam poenae legales privantes aliquem jure suo nostris et aliorum moribus in desuetudinem abierint: dixi in § 1 ita tamen. Inst. de vi bon. rapt. et in l. ult. C. Ne liceat potent. patrocin. litig. praest. ideo ei, qui nolente et specialiter prohi-

bente domino rerum administrationi se se immiscuit, pro expensis necessariis et utilibus ad exemplum malae fidei possessoris, l. 5 domum. C. de rei vendic. ubi dixi et in § 30, ex diverso. Inst. de rer. divis. et praedonis, l. 38 plane. de hered. petit. hodie negotiorum gestorum actionem competere censeo. facit l. 14 et si quis. § 13 idem Labeo D. de religios. et sumpt. funer. ZIJPAE. Notit. jur. Belg. de Poen. in vers. poenae dupli. Ita in Senatu Burdigalensi iudicatum refert CHRISTIN. vol. 2 decis. 112 n. 11 et AUTUMNUS Conferen. du droit Franc. et Cens. jur. Gallie. hic. allegans ad hoc BOER. decis. 67. Atque huic sententiae adstipulari videtur MOLINAEUS ad Consuet. Paris. § 1 Glos. 5 n. 303. Vide quoque GARS. de expens. cap. 2.

L'esempio di questi scrittori dal GROENEWEGEN citati, e soprattutto quello del GROENEWEGEN stesso, fu seguito dal VOET nel suo *Comm. ad Pandectas* lib. III tit. V de neg. gest. n. 11. Colon. Allobr. 1769 vol. I p. 174.

Ma più importa il notare che l'opinione dei pratici francesi trovò un eco in POTHIER, del quale non è inutile riferire le parole, tanto più che in esse si ha riguardo appunto al caso del pagamento di un debito per parte di un terzo contro il divieto del debitore.

POTHIER *Traité du quasi contrat negotiorum gestorum* (Oeuvres, Bruxelles 1830, tom. III) n. 181-183 p. 162 seg.

« Si celui, pour qui vous avez fait une affaire s'y est opposé, et que malgré son opposition et la défense qu'il vous avait faite, vous ayez fait pour lui cette affaire, la gestion, que vous avez faite malgré lui, ne formera pas, au moins de part et d'autre, le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Vous contractez biens envers lui l'obligation de lui en rendre compte, s'il le demande; mais cette gestion ne l'obligera pas envers vous à vous en indemniser, s'il ne veut prendre aucune connaissance ».

E dopo aver riferite le l. 40 Dig. *mandati* 17, 1 e l. 24 Cod. de neg. gest., continua:

« La raison de la décision de Justinien est tirée de la na-

turo du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Ce quasi-contrat, comme nous l'avons observé *supra*, imite le contrat de mandat; il en est une ressemblance: car la gestion de l'affaire de quelqu'un qui avait intérêt qu'elle fût faite, qui est faite à son insu, est faite à la vérité sans un mandat formel; mais on y suppose une espèce de mandat fictif et présomptif, y ayant présomption que celui, dont on a fait l'affaire à son insu, aurait donné l'ordre de la faire, s'il l'eût su, puisqu'il était de son intérêt qu'elle fût faite.

« Cette espèce de mandat fictif ou présomptif de celui dont on a fait l'affaire, qui fait le fondement du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, ne peut pas se supposer, lorsqu'elle est faite contre sa défense formelle; et, par conséquent, une telle gestion ne peut pas former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

« 182. Celui, qui a fait l'affaire d'une personne contre sa défense formelle, n'ayant pas, suivant les principes que nous venons d'exposer, l'action *contraria negotiorum gestorum* contre cette personne, pour la répétition des frais de sa gestion, doit-elle les perdre, lorsque la personne, dont elle a fait l'affaire malgré sa défense, en a profité? Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, dans la quelle je vous ai cautionné pour une de vos dettes, contre la défense formelle que vous m'en avez faite: faute d'avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum*, parce que j'ai agi contre votre défense, dois-je perdre la somme que j'ai été obligé de payer pour vous en exécution de mon cautionnement, et dont vous avez profité, puisque le paiement, que j'ai fait, vous a procuré la libération de votre dette? Cela ne résiste-t-il pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez vous enrichir à mes dépens? *Neminem aequum est cum detrimento alterius locupletari*. Cette équité ne doit-elle pas venir à mon secours? et, à défaut de l'action *contraria negotiorum gestorum*, que je n'ai pas, ne doit-elle pas me donner pour la répétition de la somme, que j'ai payée et dont vous avez profité, l'action

générale *in factum*, action qui a lieu *quoties alia actio deficit*? Les docteurs sont partagés sur cette question. Elle doit souffrir moins de difficulté dans notre jurisprudence française, où l'on ne s'attache pas au nom des actions, et où l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action. Or, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai faite, quoique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirerez. C'est l'avis d'Automne sur la loi *fin. Cod. de neg. gest.*, qui dit que la décision de cette loi n'a pas lieu dans nos mœurs.

« 183. Cette action qui est accordée à celui qui a fait malgré moi mes affaires, ne lui donne pas néanmoins autant de droit qu'à un véritable *negotiorum gestor*; car il n'a la répétition de ce qu'il a déboursé, que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande.

Pareillement, quoique je sois obligé de vous rembourser ce que vous avez payé pour moi contre ma défense, parce que j'en profite, la circonstance de la défense doit porter le juge à m'accorder plus facilement les termes que je lui demanderai pour vous faire ce remboursement: mon créancier, si vous ne l'aviez pas payé contre ma défense, aurait peut-être eu pour moi de l'indulgence, et m'aurait peut-être accordé ces termes ».

Mentre tali discussioni si agitavano presso i pratici e i teorici del diritto positivo, la stessa questione era anche variamente risolta dagli scrittori di diritto naturale.

Così, per esempio, mentre il WOLF *Jus naturae* Francof. et Lips. 1865 pars V. § 717, p. 241 seg., ammetteva un obbligo, quantunque non perfetto, del debitore verso colui che aveva pagato, altri invece lo negavano. Vedi MOLINA *disp.* 554; PUFENDORF *De iure naturae* Francof. et Lips. 1759 vol. II, lib. 5 cap. 11 n. 2 e gli annotatori ivi.

Così stavano le cose, quando venne il tempo delle grandi codificazioni. Il codice prussiano accettò in questa parte le regole del diritto Giustiniano nei §§ 249, 250, 253; e così pure più tardi il codice austriaco § 1040.

Il codice francese invece tacque su questo punto, contentandosi di fissare in pochi articoli le regole generali della *negotiorum gestio* romana.

Perciò tra i moderni interpreti del codice francese sono risorte precisamente tutte le questioni medesime che si agitavano presso gli antichi giureconsulti romani, e che si rinnovarono di poi tra i civilisti a proposito della risoluzione Giustiniana delle l. ult. C. de neg. gest.

Negarono l'azione a colui, che paga contro il divieto del debitore, il TOULLIER *Le droit civil français* 6 edit. Paris, vol. IV, part. I n. 12, pag. 11 seg. vol. VI, part. I, n. 55, pag. 42 segg.; il TAULIER *Théorie raisonnée du code civil* Paris tom. IV pag. 583; il PESTERS *de negotiis gestis* Trai. ad Rhen. 1838, § X., p. 37; il DALLOZ *Rép. v. Obligations* n. 1663; L'AUBRY e il RAU *Cours de droit civil* II Partie, liv. I § 441 nota 16, 3^a ediz. tom. III p. 529; il MOLITOR *Obligations* Paris 1853 tom. II n. 773 p. 447. Altri ammisero che l'azione si potesse concedere in taluni casi secondo le circostanze; così il DURANTON *Cours de droit civil* 4 ediz. Bruxelles tom. VII, liv. III tit. III chap. V n. 19 p. 12 seg.; il BOILEUX *Commentaire sur le code civil* Paris 5 édition tom. II, art. 1236, p. 589 (il quale limita pure l'azione all'arricchimento). Altri concessero sempre un'azione chiamata o *negotiorum gestorum* o *actio de in rem verso* limitata all'arricchimento del debitore liberato; così MARCADE *Cours élémentaire de droit civil* 4 edit. Paris 1850, tom. IV, art. 1236 pag. 518 seg., tom. V, art. 1375 pag. 263 seg.; LAROMBIÈRE *Obligations* tom. III art. 1236 n. 5 p. 68, tom. V art. 1375 n. 24 p. 606 segg.; DEMOLOMBE *Traité* vol. 27, *Contrats* vol. 4 n. 80, 81 p. 75 segg., *Traité* vol. 31, *Contrats* vol. 8 n. 88, 89 p. 83; COLMET DE SANTERRE *Cours analytique de code civil* 2 edit. vol. V. Paris 1883 art. 1236 n. 17 bis XI, p. 307, n. 349 bis IV p. 642. Altri

ammise in taluni casi l'*actio negotiorum gestorum*, in taluni altri l'*actio de in rem verso*; così il MOURLON *Répétitions écrites sur le code civil* 10^e edit. Paris 1877 tom. II, n. 1319 segg. p. 694 segg., n. 1669 p. 831 seg. Altri distinse i casi di divieto inconsulto, capriccioso, o mosso da ignoranza o da errore, dai casi di divieto ragionevole, e solo nel primo caso concesse un'azione pur sempre limitata all'arricchimento; così TROPLONG *Mandat* n. 75-86 Bruxelles 1846 p. 21 segg. Altri ancora, come il LAURENT, portarono come argomento tutte queste controversie e difficoltà, per concludere che il terzo contro la volontà del debitore non ha facoltà di pagare (vedi LAURENT *Principes de droit civil* vol. XVII, n. 485 p. 476 seg., n. 488, 489, 490 pag. 481 segg., vol. XX, n. 338 p. 365).

Il codice italiano, come il francese, nei pochi articoli (1141-1144) relativi alla gestione d'affari, accenna appena ai principi generali, senza fermarsi su questo punto.

Chiunque conosca le condizioni della nostra letteratura giuridica, facilmente s'immaginerà che i nostri scrittori si sono affrettati a ricopiare anche in questa parte i francesi. Tuttavia è notevole che i più non toccano neppure la questione. Io ricorderò qui tra i migliori, che l'abbiano trattata, solamente il GIORGI *Teoria delle obbligazioni* 2 ediz. Firenze 1886 vol. 5 n. 31 pag. 53 segg., vol. 6 n. 43 p. 32 seg., vol. 7 n. 122 p. 139 seg., il quale ammette l'*actio de in rem verso*, ma neppure in tutti i casi, attenendosi, specialmente in quanto scrive nel citato vol. 5, più che altro alla opinione del TROPLONG; il COGLIOLO *loc. cit.*, il quale vorrebbe negare al divieto del *dominus* ogni efficacia relativamente all'ammissione della azione *negotiorum gestorum* contraria; il BRIOLINI, in un suo lavoro sull'*actio de in rem verso* nel diritto civile italiano, per ora inedito, ma che spero sarà presto pubblicato, il quale distingue tra atti dipendenti dalla volontà e atti necessari, e nega l'azione contro il *dominus* vietante relativamente ai primi, la concede invece relativamente ai secondi.

Che dovremo noi dire?

Un primo ammaestramento noi possiamo trarre dalla storia, che brevemente abbiamo fin qui delineata. La indeterminatezza delle disposizioni del codice sulla gestione d'affari contiene in realtà un rinvio ai principi del diritto romano o, se meglio si vuole, del diritto comune a base romana; si può dire pertanto che il codice non ha interrotto in questa parte la giurisprudenza anteriore. Ora, se in Francia può sembrare giustificato per ciò il richiamo alle massime professate dal Pothier, e dagli autori, sui quali questo si appoggiava; in Italia noi dobbiamo invece attenerci ai principi della nostra pratica antica e gloriosa, la quale dal diritto Giustiniano non si era voluta distaccare. La stessa regola di emerneutica (alla quale per verità pochi pongono mente) deve in questo, come in molti altri punti controversi, condurre noi a un risultato diverso da quello accettato dai francesi, per la diversità delle condizioni giuridiche precedenti.

Io son persuaso che la teoria conforme ai principi del nostro diritto debba così formularsi: chi ha pagato un debito altrui, contro il serio divieto del debitore, non ha alcuna azione di regresso contro questo; come in generale chi amministra gli affari altrui, contro il serio divieto del *dominus*, non ha alcuna azione contro il *dominus* stesso, pure essendo responsabile verso di questo dei danni arrecatigli, a meno che si tratti di atti, il compimento dei quali era richiesto da un interesse pubblico e il *dominus* non li voleva compiere da sè, ovvero di atti costituenti per il gestore stesso un dovere.

Non bisogna dimenticare che è principio fondamentale del nostro diritto patrimoniale privato, specialmente in materia di obbligazioni, che ognuno dev'esser libero di regolarsi le proprie cose secondo il proprio giudizio e piacimento, e che non si può senza speciale giustificazione sostituire alla volontà dell'interessato quella di un altro. *Suae quisque*

rei moderator atque arbiter, scriveva Costantino in una sua costituzione (l. 21 *Cod. mandati* 4, 35) che non rettamente si suol citare nella scuola a proposito della definizione della proprietà, mentre in realtà parla dell'amministrazione dei propri affari; or questo arbitrio e questa moderazione non si possono distruggere senza ledere la libertà individuale. Bene nota il BRIOLINI che, se si ammettesse col COGLIOLO che chiunque, avendo una media abilità di amministrare gli affari, potesse gerire i negozi altrui, munito sempre di una azione contro il *dominus* anche nonostante la proibizione di questo, nessuno potrebbe più essere immune dalle intrusioni di terzi nelle proprie cose, ed anche l'ottimo ed eccellente amministratore si vedrebbe costretto a tollerare che gente di mediocre intelligenza si mettesse ad amministrare le cose sue, senza potersi sottrarre all'azione contraria, senza potersi liberare da così poco comodi benefattori! Questa coattiva tutela, che a tutti s'imporrebbe, non è certamente voluta dalla nostra legge. L'istituto della *negotiorum gestio* ha il fine di rendere possibile l'amministrazione degli affari di coloro, che per qualche circostanza non possono da sé accudirvi e non hanno legittimi rappresentanti, nè mandatari non bisogna mai dimenticare questo fine nella trattazione giuridica (Confr. l. 1 *Dig. de neg. gest.* 3, 5). Il concetto, che, accennato in qualche testo, fu poi ripetuto ed esagerato dagli interpreti posteriori, che l'amministrazione del negozio dev'essere tale, che presumibilmente il *dominus* l'avrebbe voluta, non è forse del tutto esatto ma non conviene neppure rigettarlo del tutto, poichè racchiude in una forma forse troppo soggettiva una verità oggettiva difficile a formulare precisamente, cioè che l'amministrazione del gestore, oltre ad essere di per sé stessa utile al patrimonio del *dominus*, non deve neppure costituire una intrusione arbitraria nelle cose altrui. Nel modo stesso come l'art. 1141 del nostro codice è concepito («...contrae l'obbligazione di continuare la gestione cominciata e di condurla a termine, sino a che

L'interessato non sia in grado di provvedervi da sè stesso, o deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare ed a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall'interessato») si trova un manifesto richiamo a quel concetto, che l'interprete non deve, nè può dimenticare. Accanto al principio fondamentale della *negotiorum gestio* vi è sempre l'altro della l. 36 Dig. de reg. iur. 50, 17: *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*.

Pel caso di pagamento del debito altrui si aggiunge poi anche il grave pericolo di dare ai terzi il diritto di espropriare in certo modo i crediti altrui, cumulandoli nelle proprie mani sotto forma di azioni contrarie *negotiorum gestorum*: chiunque ha un pò di danaro può in tal modo riuscire a prender per la gola colui, che abbia la sfortuna di avere qualche debito.

Io non credo che si possa accettare, di fronte all'art. 1238 e all'evidente argomento *a contrario*, che risulta dall'art. 1239 per le obbligazioni di dare, la teoria del LAURENT circa la facoltà del creditore di rifiutare il pagamento per parte dei terzi; ma gl'inconvenienti, che spaventano il chiaro civilista belga, svaniscono, quando l'azione di regresso contro il debitore si regoli secondo le vere norme del diritto e non già secondo una equità più o meno cerebrina.

Ora le norme del diritto sono tanto larghe, che tutti i legittimi interessi vi trovano la loro garanzia. Il terzo che paghi, essendo in uno dei quattro casi preveduti dall'art. 1253 cod. civ., è *ipso iure* surrogato nei diritti del creditore. Se il pagamento è avvenuto per errore, credendosi il terzo obbligato mentre non era, ha luogo la *condictio indebiti* (art. 1146), e se il creditore per tale pagamento si è privato in buona fede del titolo e delle cautele relative al credito, cessando la ripetizione dell'indebito, nasce un'azione di regresso contro il vero debitore (art. 1146 capov.). Se il terzo ha pagato compiendo una vera gestione d'affari per il debitore, gli è data l'*actio negotiorum gestorum contraria* (art.

1144). Finalmente col consenso del creditore il terzo può sempre ottenere da questo la surrogazione nei suoi diritti (art. 1252 n. 1).

Il voler concedere oltre a queste, un'azione anche a colui che ha pagato di proprio arbitrio contro la volontà del debitore, e senza potere dal creditore ottenere la surrogazione convenzionale, è veramente un eccesso!

Nè si creda di salvar tutto concedendo invece della *negotiorum gestorum contraria* un'actio *de in rem verso* (secondo il moderno concetto di questa azione). La maggior parte degli argomenti testè addotti vale anche contro questa azione. Di più si può osservare che essa manca di ogni base nel codice. Nessuno degli articoli che trattano di azioni fondate sull'arricchimento, è qui applicabile per analogia (confr. art. 1243, 1307, 1723, 1842 — vedi anche art. 450, 704 segg., 2020); nè si può, come si pretende, ricorrere, in forza dell'art. 3 disp. prelim. cod. civ., al principio generale che *nemo locupletari debet cum alterius detrimento et iniuria* (l. 206 Dig. de reg. iuris 50,17; l. 14 Dig. de cond. ind. 12,6), poichè questo significa soltanto che niuno deve arricchirsi ingiustamente, senza causa, a danno altrui; ma, come fu già molte volte osservato senza che mai vi si sia data conveniente risposta dagli avversari, nel caso nostro colui che ha volontariamente pagato contro il divieto (o in generale ha gerito l'affare altrui contro il divieto) deve attribuire a sè stesso, al proprio atto volontario, la diminuzione del suo patrimonio; e se non è esatto il dire, come molti fanno, che si presume in lui l'*animus donandi*, il quale può talvolta realmente mancare, è pur sempre indiscutibilmente vero, ch'egli si è volontariamente messo nella condizione in cui si trova, nè può questa attribuire al fatto altrui o al caso o ad un suo giusto e probabile errore.

A questi argomenti decisivi si possono anche aggiungere gl'inconvenienti pratici dell'opinione ch'io combatto; poichè è praticamente assurdo l'addossare al debitore l'onere

della prova, il più delle volte impossibile a darsi, della probabilità di dilazioni o di altri vantaggi, ch'egli avrebbe potuto ottenere dal vero creditore. Queste son cose che uno scrittore può dire a sè stesso per illudersi circa l'equità della propria sentenza, ma che non hanno riscontro nella vita reale. Se il debitore ha dimostrata la sua volontà contraria al pagamento, e se il creditore non ha concessa al terzo la surrogazione convenzionale, ciò deve essere più che sufficiente a provare che l'intervento del terzo è stato una sua arbitraria intrusione negli affari altrui, della quale egli deve sopportare tutte le conseguenze.

E chi mai può dire quanti e quali interessi di natura varia, e spese volte tali da potere essere sentiti, ma non espressi con coscienza chiara e riflessa, può avere il debitore a che non sia mutata la persona del creditore? Nè a ciò si opponga appunto la facoltà del creditore stesso di cedere l'obbligazione e di surrogare altri al suo posto, poichè tali atti richiedono la volontà di lui e su questa volontà può darsi che appunto faccia a fidanza il debitore; e d'altra parte noi parliamo precisamente del caso, che il creditore non abbia surrogato al suo posto il terzo pagatore.

Io credo d'avere con queste ragioni, tratte dalla storia, dalla testuale interpretazione del codice, e dai principi giuridici e sociali, dimostrato che non può ammettersi un'azione generale a favore di chi ha pagato un debito altrui, tanto da comprendere anche casi, come quello del pagamento fatto contro il divieto del debitore.

Poche cose mi restano da aggiungere relativamente alle eccezioni, che ho enunciate più sopra nel formulare il principio generale relativo all'effetto del divieto nella gestione dei negozi altrui.

Anzitutto ho richiesto che la volontà del debitore contraria al pagamento fosse seria: con ciò ho escluso l'efficacia di una dichiarazione non corrispondente alla volontà (il caso di chi *prohiberet ore et non prohiberet corde*, come diceva

Pietro di Bellapertica), o di una dichiarazione non fondata sopra una volontà giuridicamente calcolabile (*ab irato etc.*). Infatti un divieto fatto senza seria volontà non può escludere gli effetti giuridici della *negotiorum gestio*. Anche Giustiniano nella sua l. 24 Cod. *de neg. gest.* 2, 18 richiedeva un divieto serio; egli esagerava però quando, per la prova di tale serietà, imponeva forme fisse alla proibizione.

Io ho inoltre eccettuato il caso, in cui il gestore compia atti richiesti dall'interesse pubblico o che costituiscono per lui un dovere. Non ho creduto di accettare la distinzione sostenuta dal BUIOLINI tra atti necessari e volontari, perchè non mi pare che sia sufficientemente chiara, potendosi la necessità e la volontarietà concepire in modo assai vario, sicchè alcuni casi, e p. es. appunto il pagamento di un debito, potrebbero da taluni porsi in una categoria, da altri nell'altra. Invece ben s'intende che il diritto non lasci privo di azione chi compie, invece di colui che vi è direttamente tenuto, un atto richiesto dal pubblico interesse, poichè si ottiene così un più pronto adempimento ed una giusta coazione indiretta. Così pure ragion vuole che la proibizione dell'uno non valga ad impedire all'altro l'adempimento del proprio dovere, nè a togliergli la possibilità di essere compensato dei sacrifici fatti in tale adempimento: in tal modo p. es. non si negherà l'azione al medico, che cura l'ammalato, sebbene contro la proibizione di costui, che vuol morire; caso che fu trattato anche dai nostri antichi giuristi, come più sopra abbiamo veduto.

Prof. Vittorio Scialoja



15622



IL FORO ITALIANO

RACCOLTA GENERALE

DI

GIURISPRUDENZA CIVILE, COMMERCIALE, PENALE, AMMINISTRATIVA

Corti di Cassazione - Corti d'appello - Tribunali civili e correzionali
Consiglio di Stato - Corte dei conti.

Tribunale Supremo di Guerra e Marina - Giunta parlamentare per le elezioni
Consigli dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori.

DIREZIONE

DE CRESCENZIO avv. cav. Nicola
Prof. di diritto romano nell'Università di Napoli.

SCIALOJA cavaliere Enrico
Avvocato in Roma.

REDAZIONE

SABBATINI AVV. GIUNIO

Prof. parggiato di procedura civile nell'Università di Roma
(Redattore capo)

Pincherle cav. avv. Gabriele - Millelire-Albini avv. A. - De Pirro avv. V. - Romano avv. cav. Vincenzo
Baldoni avv. Gustavo

Il giornale è diviso in quattro parti con numerazione distinta:

I.... *Parte civile e commerciale* (Corti di Cassazione, Corti d'appello e Tribunali);

II.. *Parte penale* (id.);

III. *Parte amministrativa* (Consiglio di Stato, Corte dei Conti, Consigli dell'Ordine e di disciplina, Camera dei deputati);

IV. *Repertorio annuale*. Questo Repertorio contiene le massime delle sentenze pubblicate nel *Foro italiano*, ed inoltre le massime di tutte le sentenze pubblicate da tutti i 51 giornali giudiziari che vedono la luce in Italia nell'anno, nonché l'indicazione di tutti gli articoli di diritto pubblicati dagli stessi giornali, dalle riviste giuridiche e dal *Foro italiano*, e di tutte le monografie ed opere pervenute alla Direzione del periodico nel corso dell'anno.

La Direzione spedisce gratis alcuni numeri del giornale a titolo di saggio a tutti coloro che ne facciano richiesta.

La DIREZIONE e l'AMMINISTRAZIONE del Giornale, sono in Roma, Via Palermo 34 e Via Genova 24.

Prezzo di associazione Lire 24 l'anno

pagabili anticipatamente

Chi vorrà pagare a rate dovrà inviare all'Amministrazione L. 6,25 per trim. o L. 12,50 per sem.

L'EDIZIONE DEL GIORNALE È STEREOTIPA

VOLUMI ARRETRATI 1876 al 1887 per gli associati L. 16 ciascuno, compreso il **REPERTORIO**
per gli altri L. 25 — Soli **REPERTORI** L. 10 ciascuno.